Über die Grenzen von Unmöglichkeit und Unvermögen bei dem Verkauf einer Forderung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Kurt Schweitzer

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern!

Literaturverzeichnis.

Altenhofer, Der Gegenstand der Zession nach schweizerischem Obligationenrechte. In der Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge Bd. 5.

Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 91.

Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 32. Heft 2. Berlin 1908.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl.

Bechmann, System des Kaufes nach gemeinem Recht. Bd. 1 u. 2. 1884.

Buchka u. Budde, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Rostock.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2 Abt. 1 u. 2. 3. Aufl.

Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden. 1853.

Entwurf des Redaktors zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Eisele, Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht. Berlin Weidemann, 1876.

Entscheidungen des Obertribunals. Bd. 1 u. 13.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd. 6, 8, 51, 61.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 12.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte. Bd. 3.

Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 1. 7. Aufl.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl.

Fischer, H. A., Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. Rostock 1904.

Justizministerialblatt 1851.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 8. Aufl. 1909.

Goldschmidt, Das gesamte Handelsrecht. Bd. 13. 1869.

Gruchot, Beiträge. Bd. 13 u. 49.

Glück, Erläuterung der Pandekten. Teil 16 Abt. 1.

Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht. Bd. 1. Wien 1878.

Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.

Hartmann, Walter, Der Eintritt in ein gegenseitiges Schuldverhältnis. Diss. Erlangen 1898.

Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. Jena, Gustav Fischer.

Heidelberger Kritische Zeitschrift. Bd. 2. Heidelberg 1855.

Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 4, 6, 8, 19.

Johanns, Die Übertragung der Rechte und Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Schuldverhältnissen. Diss. Göttingen 1896.

Jahrbuch des deutschen Rechts, herausgegeben von Neumann. 3. Jahrg. 1903.

Juristische Wochenschrift 1908 37. Jahrg. Nr. 13.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena, Gustav Fischer, 1902.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Jena 1900.

Koch, Allgemeines Landrecht. Bd. 1. 8. Aufl.

Kritische Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 5.

Krug, Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Diss. Breslau 1901.

Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 3.

Ludewitz, Die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen. Diss. Erlangen 1902.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Abt. 1—3.

Mommsen, Über die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverhältnissen. Braunschweig 1879.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse.

Mühlenbruch, Zession der Forderungsrechte. 2. Aufl. Greifswald.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1906.

Rehbein, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1903.

Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht. Tübingen 1866.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Schliemann, Die Haftung des Zedenten. Rostock 1850.

Schmidt, Die Grundlehren der Zession. Bd. 1 u. 2. Braunschweig 1866.

Seuffert, Archiv. Bd. 8 Nr. 35, Bd. 11 Nr. 225, Bd. 13 Nr. 89, Bd. 26 Nr. 235, Bd. 30 Nr. 18, Bd. 34 Nr. 109, Bd. 45 Nr. 177, Bd. 47 Nr. 265, Bd. 48 Nr. 175.

Seuffert, Pandektenrecht. Bd. 2.

Schlesinger, Die rechtliche Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes. Leipzig 1869.

Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person oder der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1903.

Sintenis, Zivilrecht. Bd. 2. 1861.

Scheurl, Beiträge zum römischen Recht. Bd. 1 u. 2. Erlangen 1853.

Staudinger, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. München 1906.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Stern, Der code civil. 1897.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Thibaut, System des Pandektenrechts. Bd. 1 u. 2. 9. Aufl. Jena 1846.

Unterholzner, Schuldverhältnisse. Leipzig 1840.

Snethlage, Die Verpflichtungen des Verkäufers einer Forderung und eines dinglichen Nutzungsrechts. Diss. Rostock 1903.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1—3. 9. Aufl. 1906.

v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Rechts. Bd. 3. 4. Aufl.

Zamory, Über die Zession von Rechten aus zweiseitigen Verträgen. Diss. Erlangen 1898.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1899.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 26. Neue Folge Bd. 11. Stuttgart 1881.

Nach § 437 Abs. 1 BGB. „haftet der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes".

Diese uneingeschränkt ausgesprochene Haftungspflicht des Verkäufers einer Forderung umfaßt, wie nach dem Wortlaut des zitierten Paragraphen zuerst nicht zu bezweifeln ist, alle Fälle des Nichtbestehens von Forderungen. Die Haftung des Verkäufers ist demnach ausgesprochen sowohl für den Fall, daß die Forderung gar nicht entstanden, als daß sie erloschen ist oder durch Gegenrechte und Einreden wirksam entkräftet werden kann. Es folgt aus dieser Haftungsvorschrift des § 437 die Gültigkeit eines Kaufvertrages über eine nicht existente Forderung.

Damit schließt der zitierte Paragraph einen nicht unerheblichen Zweifel aus. Denn ohne denselben hätte die Anwendung des § 433 Abs. 1 Satz 2, welcher den Verkäufer eines Rechtes und somit auch einer Forderung verpflichtet, dem Käufer dieselbe zu verschaffen, auf den Verkauf einer nicht existenten Forderung im Verein mit der allgemeinen Vorschrift des § 306 gerade die Nichtigkeit des Veräußerungsvertrages als eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages zur Folge haben müssen.

Somit wird prima facie für den Verkauf von nicht-bestehenden Forderungen der [§ 437 als eine positive Ausnahme von der Vorschrift des § 306 zu gelten haben.

In welchem Umfange diese Annahme vertreten werden kann, bedarf jedoch einer eingehenden Erörterung. — Denn die Auslegung des § 437, welche nach zwei Richtungen hin erfolgt ist, läßt für eine gleich zu nennende Kategorie von Fällen Bedenken aufsteigen, ob sie dem Geltungsbereich des § 306 oder § 437 unterliegt.

Die eine in der Auslegung des § 437 vertretene Meinung trifft eine Unterscheidung hinsichtlich der Unmöglichkeit der Leistung bei dem Kaufvertrag über eine nicht existierende Sache und derjenigen bei dem Verkauf einer nicht bestehenden Forderung in folgendem Sinne: die nicht bestehende Forderung habe zwar weder der Verkäufer noch ein anderer. Doch dürfe darin der wesentliche Unterschied von der Nichtexistenz der Sache gesehen werden, daß das in der Person des Veräußerers nicht existierende Recht nicht in dem Sinne einer nicht existierenden Sache von der Existenz ausgeschlossen sei, sondern daß die Möglichkeit bestehe, die veräußerte, nicht bestehende Forderung jederzeit durch Eingehung einer Obligation zu erzeugen. Dies stelle aber nicht eine objektive Unmöglichkeit der Leistung dar, sondern lediglich ein gegenwärtiges Unvermögen des Veräußerers. In dem so begründeten Unvermögen desselben sei die Erklärung gegeben, weshalb das Gesetz im § 437 die Gültigkeit des

Vertrages ausspreche, in welchem eine nicht existierende Forderung veräußert werde.[1]

Es erscheint andererseits unbedenklich, den Kaufvertrag über eine nicht existente Forderung als einen auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag anzusehen. Ein solcher Vertrag wäre nichtig (§ 306). Man gelangt jedoch, der zweiten Auslegungsweise folgend, auf nachstehendem Wege dazu, die aus der Vorschrift des § 437 gefolgerte Gültigkeit des fraglichen Vertrages zu erweisen: Durch die Vorschrift des § 306 wird allgemein die Gültigkeit eines Versprechens nicht berührt, in welchem die vertragliche Garantie dafür übernommen wird, daß die Leistung möglich ist, auch wenn sie objektiv unmöglich ist.[2] Da diese Garantie nicht ausdrücklich geleistet zu werden braucht, „vielmehr der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag unter Umständen so ausgelegt werden muß, daß dadurch eine Garantie hat übernommen werden sollen",[3] so darf ebenso das Gesetz, obwohl es nach § 306 den Verkauf einer nicht existenten Forderung als nichtig ansieht, in der Bestimmung des § 437, welche die Gültigkeit eines solchen Vertrages ausspricht, von einer solchen Auslegung des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages ausgehen und den Vertrag als Garantievertrag

---

[1] So teilweise Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung S. 65; Rehbein, Komm. z. BGB. Bd. 2; Mot. z. BGB. § 211.

[2] So Titze S. 214; Planck, Staudinger zu § 306; Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse S. 152.

[3]) Planck zu § 306 Nr. 2.

auffassen.[4] In dieser Weise würde die nach § 437 feststehende Gültigkeit des Vertrages über eine nicht existierende Forderung vereinbar sein mit einer Auslegung, welche denselben als einen auf unmögliche Leistung gerichteten Vertrag ansieht.

Praktisch wird nun die Frage, welcher Auslegung des § 437 beizutreten ist, in allen den Fällen entscheidend, wo die veräußerte Forderung ihrerseits auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Dann stellt nämlich der Kaufvertrag über die nicht existente Forderung zweifellos einen auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag dar.[5]

Dem Käufer einer solchen Forderung wird der § 437 unbedenklich nur zur Seite stehen, wenn das Gesetz hier dahin auszulegen ist, daß in allen Fällen des Verkaufes einer nicht existenten Forderung ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag vorliegt, dessen Gültigkeit gesetzlich analog mit dem Falle geordnet ist, in dem jemand vertraglich die Garantie dafür übernimmt, daß die versprochene Leistung, welche in Wirklichkeit objektiv unmöglich ist, möglich sei.

Folgen wir aber der Auslegung, welche die Gültigkeit eines Vertrages über eine nicht existente Forderung

---

[4] So Planck a. a. O.; Kleineidam; Unmöglichkeit und Unvermögen S. 160; H. A. Fischer, Beitrag zur Unmöglichkeitslehre S. 28, 29; Oertmann Anm. zu § 437.

[5] Titze a. a. O. S. 65 oben; Mommsen, Beitrag zum Obligationenrecht 1. Abt. S. 135 letzter Satz; Entw. des Redaktors Abschn. 1 Tit. 2 I, 1b § 1.

und die Haftung des Veräußerers für den rechtlichen Bestand auf Grund von § 437 damit begründet, daß das Gesetz nur ein Unvermögen annähme, dann treten der Begründung von Ansprüchen aus § 437 erhebliche Bedenken entgegen. Denn diese Auslegung des Paragraphen reicht nicht aus, um einen Fall in den Geltungsbereich desselben zu ziehen, in dem der Veräußerungsvertrag einen auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag darstellt. Es taucht der Zweifel auf, ob auch unter dieser Voraussetzung die Haftungsvorschrift des § 437 gilt oder ob dann die Vorschrift des § 306 wieder zu ihrem Rechte gelangt.

In diesen und ähnlichen Fällen wird somit die eben aufgeworfene spezielle Zweifelsfrage hervorgerufen, je nachdem die Stellungnahme zu der einen oder andern der beiden Auslegungen erfolgt. Nicht nur von theoretischem, sondern auch von weitgehendem praktischen Interesse ist daher die Frage:

Wie ist, unter Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über Verträge auf den Kaufvertrag über eine nicht existente Forderung, der Rechtssatz auszulegen, daß der Verkäufer einer solchen für ihren rechtlichen Bestand haftet?

Wie im römischen Recht der Verkäufer einer körperlichen Sache wegen Rechtsmängel derselben dem Käufer bei Eviktion des Kaufgegenstandes einzustehen hat, so können wir in der vom römischen Recht ausgesprochenen

Haftung des Verkäufers einer Forderung dafür, daß der als Schuldner Bezeichnete rechtlich wirklich Schuldner sei, analog eine Haftung desselben für Eviktion erblicken. Dem besserberechtigten Dritten beim Verkauf der körperlichen Sache, welcher dem Käufer den Genuß des Kaufgegenstandes entzieht, entspricht hier der als Schuldner Bezeichnete, wenn ihm gegen die veräußerte Forderung eine den Rechtsmangel bildende Einrede zusteht.

Der in Frage kommende Rechtssatz, daß der Veräußerer einer Forderung dem Erwerber gegenüber für den rechtlichen Bestand der Forderung haftet, ist ausgesprochen in l. D. 18. 4, 5 de hereditate vel actione vendita: Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum: si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit.

Paulus libro trigensimo tertio ad edictum: et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor: si incertae et nihil debeat, quanti intersit emptoris. und l. 74 § 3 D. 21, 2 (De evictionibus et duplae stipulatione): Qui nomen quale fuit vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur.

Wie nun aus den Worten: debitorem autem esse praestare et quidem sine exceptione quoque und nomen ut sit praestare cogitur der l. 74 folgt, sprechen die angezogenen Gesetzesstellen die Haftung des Verkäufers

sowohl für den Fall aus, daß die Forderung durch eine exceptio entkräftet ist, als auch dann, wenn der juristische Mangel darin besteht, daß sie ipso iure nichtig oder überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist. Also auch der Verkäufer einer nicht existenten Forderung haftet dem Käufer, und zwar haftet er auch in diesem Falle auf das Interesse. Denn l. D. 18, 4. 5 bestimmen ebenso hier, als wenn der Forderung eine exceptio entgegensteht, daß, wenn eine bestimmte Geldsumme geschuldet sei, der Verkäufer als Interesse diese Summe zu zahlen habe, wenn aber keine bestimmte Summe angegeben sei, auch wenn der Schuldner nichts schulde, der Verkäufer für das Interesse einzustehen habe.[6] Diese positive Ausdehnung der Eviktionshaftung auch auf den Fall, daß die verkaufte Forderung nicht existiert, zwingt uns zu dem Schlusse, daß auch nach römischem Recht der Kaufvertrag über eine nicht bestehende Forderung gültig war. Denn es kann kein Zweifel bestehen, daß der Kaufvertrag über eine an sich bestehende Forderung gültig ist, welcher eine peremtorische Einrede entgegensteht. Wenn nun die zit. Gesetzesstelle ebenso wie diesen Fall auch den andern behandelt, daß nämlich eine Forderung nie bestanden hat, und auch dann den Verkäufer haften läßt, so geht daraus hervor, daß allgemein der Verkauf einer nicht existierenden Forderung gültig ist.[7])

---

[6] Ebenso Römer, Leistung an Zahlungsstatt S. 99 f.

[7] Römer a. a. O. S. 103; Mommsen a. a. O. S. 135.

Demgegenüber wird in der gemeinrechtlichen Literatur und Judikatur die Meinung vertreten, daß aus den Quellen gerade das Gegenteil folge.[8] Beim Verkauf einer Forderung welche nicht zur Existenz gekommen oder doch ipso iure aufgehoben sei, fehle dem der Zession vorausgehenden Vertrage das Objekt; der Vertrag sei mithin nichtig. Der Verkäufer sei auf Grund der Kondiktion des Käufers nur zur Herausgabe des Kaufpreises und zum Ersatz derjenigen Auslagen verpflichtet, welche der Käufer behufs Geltendmachung der zedierten Forderung aufgewendet habe. In dieser Konsequenz hätte den Vertretern dieser Ansicht schon als Widerspruch des Gesetzes auffallen müssen, daß schwerlich eine besondere Haftung des Verkäufers ausgesprochen werden würde, wenn diese lediglich mit derjenigen identisch wäre, welche schon allgemein aus Konditionsgrundsätzen folgt. Die Erklärung dafür, daß Schliemann und Seuffert diese Folgerung gezogen haben und nicht wie wir zu dem Schlusse gelangt sind, daß der fragliche Vertrag gültig sei, ist m. E. in einer irrtümlichen Auslegung der obigen Quellenstellen zu suchen. Schliemann faßt nicht wie wir die l. 4, 5 D. 18, 4 als zusammengehörig auf und bezieht somit auch auf den Fall der Nichtexistenz der Forderung den Satz sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor usw., sondern er hat l. 4 u. 5 getrennt

---

[8] Schliemann, Haftung des Zedenten S. 64; Schmidt, Grundriß der Zession Bd. 2 S. 140; Seufferts Arch. Bd. 29 Nr. 231; Seuffert, Pandektenrecht § 300 Anm. 5.

und will diesen Teil der Stelle, welcher die Haftung auf das Interesse ausspricht, nur auf den Fall bezogen wissen, daß die Forderung durch eine Einrede entkräftet sei. Für den Fall, daß die Forderung überhaupt nicht existiert, unterläßt er also, die Haftungsvorschrift der l. 5 anzuwenden, und folgt dem allgemeinen Grundsatz der l. 7 eod. tit., welche sagt: cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur. Die Heranziehung dieser Stelle ist aber verfehlt.[9] Denn l. 4, 5 bietet dazu nicht den geringsten Anlaß. Vielmehr gehören die leges in einen Satz zusammen. Daher ist, wie wir es getan haben, die Haftungsvorschrift der l. 5 auch auf l. 4 zu beziehen. Dies wird endlich auch bewiesen in den Worten: si incertae et nihil debeat. Sie zeigen deutlich, daß die Haftung auf das Interesse auch im Falle einer nicht existierenden Forderung dem Verkäufer auferlegt ist.

Damit ist für das gemeine Recht der Rechtssatz bewiesen, daß der Veräußerungsvertrag über eine nicht bestehende Forderung gültig ist. Diesem Satze wird auch in der gemeinrechtlichen Judikatur durchaus Rechnung getragen; so lehnt vor allem eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Rostock[10] die von Schliemann

---

[9] Römer a. a. O. S. 101.

[10] Wiedergegeben in Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 35.

vertretene Ansicht ausdrücklich ab. Ebenso geht die Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 109 Nr. 27 von der Gültigkeit eines solchen Vertrages aus.

Dessenungeachtet bleibt der Widerspruch mit dem wichtigsten Grundsatze des Kaufes bestehen, welcher als Folgerung des allgemeinen Satzes impossibilium nulla est obligatio[11] sagt: nec emptio nec venditio sine re, quae veneat potest intellegi.[12] Denn eine nicht existente Forderung stellt als Leistungsgegenstand ebenso eine objektiv unmögliche Leistung dar wie eine nicht existente Sache. Dies erhellt aus folgender Erwägung: die Forderung ist lediglich eine Schöpfung und ein Gebilde des Rechts. Während die Untersuchung, ob eine Sache nicht existiert, reine Tatfrage ist, liegt sogleich eine Rechtsfrage vor, wenn es sich darum handelt, ob eine Forderung besteht oder nicht. Im Gegensatz zur res corporalis ist sie ohne sachliches Substrat und lediglich aus rechtlichen Elementen zusammengesetzt. Diese ersetzen das fehlende sachliche Substrat. So tritt die Forderung nur mit Rechtscharakter in die äußere Erscheinung, indem das sachliche Substrat durch die Berechtigung des Gläubigers ersetzt wird. Der Mangel dieser Berechtigung des Gläubigers entspricht demnach bei der res corporalis der Nichtexistenz der Sache. Wie bei der Nichtexistenz der Sache objektive Unmöglichkeit

[11] l. 185 D. 50, 17.

[12] l. 8 pr. D. 18, 1.

der Leistung des auf sie gerichteten Vertrages vorliegt, so ist der Kaufvertrag über eine nicht bestehende Forderung nach denselben Vertragsgrundsätzen ein auf eine objektive unmögliche Leistung gerichteter Vertrag.

Obwohl der Kaufvertrag über eine nicht existente Forderung somit eine emptio venditio sine re ist, ist dieser Vertrag also gültig, wie aus der in der zit. Gesetzesstelle enthaltenen Haftungsvorschrift geschlossen worden ist. Mommsen,[13] der in der geschichtlichen Entwicklung dieser Auslegungsfrage als erster der Aufgabe gerecht zu werden sucht, diesen Widerspruch auszugleichen, erkennt richtig, daß eine nicht existierende Forderung, welche den Gegenstand eines Kaufvertrages bildet, eine objektive Unmöglichkeit der Leistung des fraglichen Vertrages darstellt. Er weiß sich damit aber nicht anders abzufinden, als daß er für die trotzdem statuierte Gültigkeit des Vertrages den Grund zu finden glaubt, daß die römischen Juristen, um Unzuträglichkeiten zu vermeiden, dieselbe in das Gesetz aufgenommen haben. Denn während man in den Fällen der Veräußerung einer nicht existierenden Forderung, in denen die Forderung nie existiert oder ipso jure zu existieren aufgehört habe, den Grundsätzen über unmögliche Leistungen folgend, zur Nichtigkeit des Vertrages kommen müsse, könne man eine solche dann nicht annehmen, wenn der Klage nur eine Einrede entgegenstehe, die Forderung selbst aber existiere. Wollte man mithin

[13] Mommsen a. a. O. S. 134.

die Grundsätze über unmögliche Leistungen in allen diesen Fällen zugrunde legen, so würde man demnach unterscheiden müssen, ob die Forderung deshalb nicht existiere, weil sie nie zur Entstehung gelangt bezw. ipso iure zu existieren aufgehört habe, oder ob sie zwar existiere, der Klage jedoch eine Einrede entgegenstehe. Um diese Unzuträglichkeiten zu vermeiden, sei eine solche Unterscheidung unterblieben und die Gültigkeit des Vertrages auch auf diejenigen Fälle ausgedehnt worden, wo die Forderung nie entstanden oder ipso iure zu existieren aufgehört habe.

Der Mommsen in dieser Weise mißglückte Versuch, die Gültigkeit des in Frage kommenden Vertrages zu erklären, wurde alsbald durch eine wissenschaftliche Kritik beantwortet, in der vor allem Windscheid[14] und Brinz[15] zu dem fraglichen Satz Stellung nahmen. Beide kommen im Resultate auf dasselbe hinaus, indem sie die Gültigkeit des Verkaufes einer nicht bestehenden Forderung aus einem Mangel im Rechte des Verkäufers herleiten wollen. Wie nämlich Brinz ausführt, fallen bei einer Forderung das Recht des Verkäufers und die Existenz der Forderung zusammen; er schließt daraus, daß bei Nichtexistenz der Forderung zugleich ein Mangel im Rechte des Verkäufers vorliege. Von dieser Folgerung aus wirft er die Frage auf, wie wir unsere Freiheit ausüben sollen, den Verkauf wegen Nichtexistenz des Gegenstandes für nichtig oder

[14] Windscheid, Heidelberger Krit. Zeitschr. Bd. 2 S. 118.

[15] Brinz, Krit. Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 5 S. 297—299.

wegen bloßen Rechtsmangels für gültig zu erklären, und kommt zu dem Resultat, „daß hier einer der Fälle vorliege, in welchen keine Konsequenz weder zu dieser noch zu jener Entscheidung dränge und mehr die Freiheit als die Gesetzmäßigkeit des Rechtes hervortrete. Daß das römische Recht gerade diesen Gebrauch von der Freiheit gemacht habe, das Nichthaben (den Rechtsmangel) betont und auf Gültigkeit des Vertrages erkannt habe, ließe sich wohl aus der allgemeinen Neigung, Geschäfte lieber für geschehen als für ungeschehen zu erachten, herleiten". Eine solche Freiheit, die das Recht hier gewähren soll, liegt m. E. nicht vor. Es genügt, zu erfahren, daß Brinz hier objektive Unmöglichkeit der Leistung jedenfalls für vorliegend hält. Ein wenn auch damit konkurrierender Rechtsmangel, welcher die Gültigkeit des Vertrages unberührt ließe, kommt daneben gar nicht in Betracht, sondern wird von der Nichtigkeit des ganzen Vertrages konsumiert.[16] Die Nichtigkeit ist das Stärkere. Somit besteht hier gerade einer der Fälle, „wo die Gesetzmäßigkeit des Rechtes, nicht seine Freiheit hervortritt". Der in Frage stehende Rechtssatz ist demnach auch von Brinz unerklärt geblieben.

Bereits die von ihm gemachte Unterscheidung hat das Ziel verfolgt, in der Konstruktion lediglich eines Rechtsmangels des Veräußerers die Gültigkeit des fraglichen Vertrages zu erklären, und basiert somit

---

[16] Ebenso Hasenöhrl, Österr. Obligationenrecht Bd. 1 S. 403 Anm. 9.

auf dem Unterschiede der sogen. objektiven und subjektiven Unmöglichkeit. Ihn erkennen die Quellen an in der l. 137 § 5 D. 45, 1 (de verborum obligationibus): Venuleius: si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit. Eine Obligation, bei der auf Seite des Schuldners die facultas dandi fehlt, d. i. ein personae commodum incommodumque, nicht ein impedimentum naturale vorliegt, ist danach gültig. Auf der Grundlage dieser Unterscheidung führt wie Brinz auch Windscheid[17] aus, daß der Verkauf einer nicht existierenden Forderung mit dem Verkauf einer nicht existierenden Sache nicht in gleiche Linie zu stellen sei. Er vergleicht den Fall der Veräußerung einer nicht bestehenden Forderung vielmehr mit dem Verkauf einer Sache, deren Eigentümer der Verkäufer nicht ist; zum Vergleich herangezogen wird auch das Beispiel, daß jemand einen ihm nicht gebührenden Fruchtgenuß auf eine existierende Sache einzuräumen verspricht.[18] Ebenso wie in diesem Falle nur ein Rechtsmangel des Verkäufers bestehe, von einer Nichtexistenz der Sache aber nicht die Rede sein könne, verhalte es sich auch bei dem Verkauf einer nicht existierenden Forderung, solange der angegebene Schuldner existiere. „Dann sei der Grund, weswegen der Verkäufer nicht liefern könne, lediglich der Mangel seines Rechtes, nicht

---

[17] Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 118.

[18] Hasenöhrl S. 403.

die Unmöglichkeit der Existenz des Rechtes, weder eine physische noch juristische. Anders wäre es, wenn der angegebene Schuldner gar nicht existiere".[19] In derselben Weise legt Eisele[20] den Schwerpunkt darauf, daß der angegebene Schuldner vorhanden sei. Seine und Windscheids Auffassung ist offenbar die gleiche. Danach soll es der ältesten Auffassung der römischen obligatio eigentümlich gewesen sein, den Gegenstand der Obligation in der Person des Schuldners zu erblicken.[21] Dieser habe für die Obligation gehaftet und wurde dadurch für den Gläubiger zum Gegenstand des Zwangsrechtes. Auf Grund dieser Auffassung des Schuldners als des eigentlichen Gegenstandes der Obligation mag derselbe auch als das eigentliche Subjekt des Forderungskaufes gegolten haben. Die weiter daran geknüpfte Folgerung aber, daß wenn der Schuldner existiere, nicht aber eine Forderung des Verkäufers, wenigstens der Gegenstand der verkauften Forderung vorhanden sei, und die Unmöglichkeit der Leistung somit nur darin läge, daß dem Verkäufer ein Recht an den Schuldner nicht zustehe, ist falsch. Es liegt zwar bei dem Verkauf eines dem Veräußerer nicht gebührenden Fruchtgenusses keine objektive Unmöglichkeit vor, sondern nur eine subjektive; denn das sachliche Substrat des Nießbrauchrechtes, die betreffende körperliche Sache, existiert. Die entsprechende Übertragung auf den

[19] Windscheid a. a. O. S. 118.

[20] Eisele, Kompensation S. 237.

[21] vgl. dazu Hasenöhrl a. a. O. S. 10.

Verkauf einer nicht existenten Forderung, deren angeblicher Schuldner das Objekt der Forderung bildet, findet aber in der Tatsache der Existenz des als Schuldner Bezeichneten kein Analogon. Eine Forderung besitzt, wie gezeigt, als bloßes Rechtsgebilde kein sachliches Substrat. Die Person des Schuldners könnte dasselbe aber im obigen streng römischrechtlichen Sinne jedenfalls nicht schon an sich, sondern nur in ihrer Eigenschaft als Schuldner darstellen. Diese wird ihm aber nur durch eine bestehende Forderung verliehen. Die Nichtexistenz derselben entkleidet den als Schuldner Bezeichneten seiner Schuldnereigenschaft. Nur in dieser, der Schuldnereigenschaft beraubten Gestalt aber existiert derselbe, sobald eine verkaufte Forderung nicht besteht, wenn er auch als Schuldner bezeichnet wird. In diesem Falle ist also der angebliche Schuldner, wenn auch seine Person vorhanden ist, in dem römischrechtlichen Sinne als Objekt des verkauften Rechtes nicht vorhanden. Die besprochene Ausnahmevorschrift bleibt somit immer noch unerklärt.

Auch die Auslegung Iherings kommt der Lösung der Frage nicht näher. Er unterscheidet[22] bei der Veräußerung von nicht bestehenden Rechten den Fall, „wo die Übertragung des als existierend gesetzten Rechtes in thesi, d. h. also, nicht bloß für diesen Verkäufer, sondern für jeden unmöglich ist". Hier läge objektive Unmöglichkeit der Leistung vor, welche den Vertrag nichtig mache.

---

[22] Iherings Jahrb. Bd. 4 S. 69, 70, 71.

„Anders dagegen, wenn das Recht, welches der Verkäufer sich beilegt, an sich existieren könnte, aber sei es überall nicht oder nur in seiner Person nicht existiert.“ Hier sei nur eine subjektive Unmöglichkeit begründet. Jhering fährt fort: „Wer an fremdem Grund und Boden fälschlich eine superficies zu haben vermeine und dieselbe verkaufe, habe das Erfüllungsinteresse zu leisten, und es sei daher gleichgültig, ob die superficies in der Person eines andern existiere oder nicht. Die Leistung derselben sei an sich möglich. Es sei daher auch ganz konsequent, wenn das römische Recht bei dem Verkauf einer nicht existierenden Forderung den Verkäufer haften lasse“. Es ist oben bereits zugegeben worden, daß in dem von Jhering angeführten Falle das Sachsubstrat vorhanden, die Schaffung des Rechtes also möglich ist, infolgedessen trotz derzeitigen Nichtvorhandenseins des verkauften beschränkt dinglichen Rechtes der Kaufvertrag auf eine objektiv unmögliche Leistung nicht gerichtet ist. In diesem Falle ist es tatsächlich gleichgültig, „ob das Recht überhaupt nicht existiert, oder zwar in der Person eines andern besteht, jedoch dem Verkäufer nicht zusteht“. Wir können aber der Jheringschen Meinung, daß das gleiche für den Verkauf einer Forderung gelte, nicht beitreten. Es begründet z. B. keine Unmöglichkeit, sagt Jhering, wenn jemand seine Darlehnsforderung gegen den X verkauft, die ihm gar nicht zusteht. Es genüge, daß eine solche Forderung überhaupt existieren könnte. Daß gerade in dem obigen von Jhering angeführten Beispiele die Entstehung des dem

Verkäufer nicht zustehenden, beschränkt dinglichen Rechtes möglich ist, hat, wie nochmals erwähnt sei, darin seinen Grund, daß das sachliche Substrat des Rechtes existiert. Wie wir (s. S. 10) bereits nachzuweisen versucht haben, schließt aber der Begriff der Forderung das Vorliegen eines sachlichen Substrates aus und entspricht der Mangel der Berechtigung des Verkäufers der Nichtexistenz der Sache bei der res corporalis. Die entsprechende Behandlung, wie Jhering es will, des Verkaufes einer nicht bestehenden Forderung mit dem Falle, daß jemand fälschlich eine superficies an Grund und Boden zu haben meint, ist somit ausgeschlossen. Für die von Jhering behauptete Existenzmöglichkeit einer nicht bestehenden Forderung bliebe somit nur die Erklärung übrig, den Willen und die Fähigkeit des Schuldners in Betracht zu ziehen. Dabei wird jedenfalls nicht berücksichtigt für die Erklärung der Haftungsvorschrift die große Zahl der Fälle, wo die physische oder juristische Unfähigkeit des Schuldners vorliegt. Ich gebe im übrigen zu, daß Fälle denkbar sind, wo Wille und Fähigkeit des Schuldners festzustellen sind. Sie werden aber die Minderzahl bilden. Ich darf daraus nicht den allgemeinen Schluß ziehen, daß der Verkauf einer jeden fälschlich vom Verkäufer sich beigelegten Forderung deswegen nicht zu einem auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrage gestempelt werde, weil die Person des angeblichen Schuldners da sei, welche fähig sei, die Handlung vorzunehmen, welche den Gegenstand der angeblichen Forderung bilden soll.

Eine ebenso unberechtigte Schlußfolgerung zieht Lenel.[23] Er geht davon aus, daß die Partei oft durch Reflexion zu einem ungenaueren Ausdruck ihrer eigentlichen Zwecke geführt werde, und glaubt von diesem Gesichtspunkte aus die Erklärung der in der l. 4, 5 D. 18, 4 statuierten Haftung des Verkäufers einer nicht existenten Forderung suchen zu müssen, „da diese Entscheidung von dem Standpunkt derjenigen, welche als wesentliche Absicht des Vertrages die Überäußerung des Forderungsrechtes ansehen, nicht zu begreifen sei". Danach soll ein Forderungskauf in Wahrheit den Kauf der dem Verkäufer geschuldeten Sache oder Summe darstellen", nur daß dem Käufer nicht absolute, sondern relative Macht über dieselbe zugesagt sei. Existiere nun jene Sache oder Summe in rerum natura, so liege, wenn die Forderung nicht existiere, der Fall nicht anders, als wenn eine fremde Sache verkauft sei, die der Eigentümer nicht herausgebe, und die Anwendung der Grundsätze von der Eviktionshaftung ergebe sich von selbst. Als Konsequenz führt Lenel an, daß der sogen. Forderungskauf nichtig sei, wenn der bestimmte Gegenstand, auf den die Forderung gehe, nicht existiere. Lenels Erklärung mag in vielen Fällen zutreffen, berechtigt aber nicht zu dem allgemeinen Schluß, daß der Verkauf einer Forderung stets in dieser Weise zu interpretieren sei, und versagt jedenfalls dort, wo ausdrücklich die Parteiabsicht darauf gerichtet war, eine Forderung, nicht den Gegenstand derselben, zu veräußern.

---

[23] Iherings Jahrb. Bd. 19 S. 234.

Sonach ist unsere These, daß der Verkauf einer nicht existenten Forderung als ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag anzusprechen sei, durch eine andere Erklärung des fraglichen Vertrages nicht widerlegt worden. Mit unserer Auffassung jedoch im Einklang steht die nachfolgende Auslegung der Haftungsvorschrift:

Es liegt in dem Wesen des Kaufvertrages über eine Forderung, daß der Verkäufer sich zugleich als den berechtigten Gläubiger hinstellt, gewissermaßen versichert, die verkaufte Forderung zu haben und diese Erklärung nun vertreten muß. Stets befindet sich auch der Käufer einer Forderung in Ungewißheit über den gekauften Gegenstand. Während ihm sonst beim Kauf einer beweglichen Sache oder eines Grundstücks die Möglichkeit gegeben ist, sich dagegen zu schützen, daß er etwas kaufe, was nicht existiert, ist der Käufer einer Forderung hiergegen schutzbedürftig.[24] Die Unmöglichkeit der Erfüllung ermangelt hier des sichtbaren Ausdrucks. Der Fall einer gar nicht existierenden Forderung unterscheidet sich äußerlich in nichts von dem einer existierenden.[25]) Daher muß der Verkäufer einer Forderung wie für die Versicherung einstehen, daß die Forderung besteht, und für den Nachteil aufkommen, welcher dem dieser Versicherung glaubenden Käufer dadurch entsteht, daß dieselbe den Tatsachen nicht

---

[24] So Hartmann, Die Obligation S. 181.

[25] s. Bechmann, Der Kauf Bd. 2 S. 439; RG. Bd. 8 Nr. 27; ebenso Buchka u. Budde, Entsch. d. OAG. Rostock Bd. 5 S. 225 f. (Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 35).

entspricht. Der Käufer hat häufig keine andere Möglichkeit, sich von der Existenz der verkauften Forderung zu überzeugen, als daß er den Angaben des Verkäufers Glauben schenkt. Daß der Verkäufer, welcher in voller Bestimmtheit sich als den Berechtigten hinstellt, diese Erklärung zu vertreten hat, entspricht also nur den Grundsätzen der Billigkeit, welche beim Kaufe als einem bonae fidei negotium in vollem Maße anzuwenden sind.[26] In entsprechender Weise finden wir auch in den Quellen l. 5 D. de contra empt. 18, 1 die Gültigkeit eines Kaufvertrages über einen Sklaven, der tatsächlich ein Freier ist, damit begründet, quia difficile dignosci potest liber homo a servo.

Der Grund der Vorschrift ist somit ein rechtspolitischer.[27] Der Forderungskauf als entgeltliches oneroses Geschäft kehrt hier eine Seite des Charakters der Obligation heraus, welche selten in die äußere Erscheinung tritt. Nicht die Obligation als Selbstzweck, sondern als Mittel zur Erreichung eines bestimmten individuellen Endzweckes, als Mittel zur Überleitung und Herstellung eines bestimmten Obligationserfolges in der Person des Käufers, tritt hier in die Erscheinung. Auch wenn ein

---

[26] Ebenso Leonhard, Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 26 S. 295: „Durchweg richtet sich die Fürsorge des Rechtes darauf, den Käufer vor Enttäuschungen zu schützen, und der Richter gewährte diesen Schutz deshalb, weil ihm befohlen war, die bona fides zu wahren, d. h. mit darauf hinzuwirken, daß ein Mitbürger sich auf ein anständiges Verhalten des anderen im Verkehr verlassen konnte".

[27] Nach Hartmann a. a. O. S. 180.

Kaufvertrag nicht bestand, weil er auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet war, soll der im Sinne des Kaufes liegende Erfolg auf anderem Wege hergestellt werden und die Haftung auf das Interesse hier zugunsten des die Forderung irrig für vorhanden haltenden Käufers an Stelle der Leistung treten. Indem wir den fraglichen Satz in diesem Sinne als eine positive Ausnahmevorschrift hinstellen, halten wir daran fest, daß einem Kaufvertrage über eine nicht bestehende Forderung der Gegenstand fehlt und er somit für sich betrachtet einen auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag darstellt.

In vollem Umfange gelten alle diese Ausführungen auch für die Partikularrechte des gemeinen Rechts, da in ihnen die Haftungsvorschrift des Zedenten für Verität der Forderung entsprechend der l. 4, 5 D. 18, 4 gleichmäßig wiederkehrt.[28]

Daß die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches selbst eine unserm Standpunkt entgegengesetzte Meinung aufweist, ist nicht verwunderlich, da die von uns abgewiesene Jheringsche Theorie darin zum Ausdruck gebracht ist. So sagen die Motive[29] zum 1. Entw.: „Aus dem Grundsatze, daß das bloß subjektive Unvermögen des Schuldners die Gültigkeit des Vertrages un-

[28] vgl. code civil art. 169, 93; ALR. I, 11 §§ 420 f.; österr. BGB. §§ 1397 ff.; preuß. Entw. von 1831 I, 11 § 307; hess. Entw. Art. 272; bayer. Entw. II Art. 154; Dresdener Entw. Art. 326.

[29] Bd. 2 S. 177.

berührt läßt, beantwortet sich auch die insbesondere in der Doktrin des gemeinen Rechts bestrittene Frage, ob ein Vertrag über die Veräußerung einer nicht existierenden Forderung nichtig ist". In der Denkschrift zum Rechte der Schuldverhältnisse[30] lesen wir: „Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes ist zur Verschaffung eines Rechtes verpflichtet, auch wenn das verkaufte Recht zur Zeit des Verkaufes nicht besteht. Nach einer im gemeinen Recht nicht selten vertretenen Ansicht wäre dieser Fall nach den Grundsätzen zu beurteilen, welche für den Fall einer nicht existierenden Sache gelten, es würde mithin ein Vertrag über eine unmögliche Leistung vorliegen. Um einer solchen sachlich nicht gerechtfertigten Auffassung vorzubeugen, spreche der Entwurf besonders aus, daß der Verkäufer für den rechtlichen Bestand des Rechtes hafte.

Auf diesem Wege ist auch in das neue Recht die Anschauung hineingetragen worden, daß der Kaufvertrag über eine nicht existierende Forderung einem lediglich auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag darstelle. Diese Meinung wird für das neue Recht außer von den Motiven (a. a. O.) noch von Rehbein[31] und in beschränktem Maße von Titze[32] vertreten. Es nimmt wunder, wenn Titze, welcher Fälle anerkennt, wo die Nichtexistenz des vom Schuldner an den Gläubiger zu

---

[30] s. bei Mugdan, Die ges. Mat. z. BGB. S. 1243.

[31] Rehbein, Komm. z. BGB. Bd. 2 S. 156.

[32] Titze a. a. O. S. 64.

übertragenden Rechtes unstreitig eine objektive Unmöglichkeit der Leistung begründet, dann nur subjektive Unmöglichkeit derselben annimmt, „wenn zwar die abzutretende Forderung selbst nicht, wohl aber der Gegenstand, auf den sie gerichtet ist, existiere, also immer wenn es sich um die Zession von nicht vorhandenen Geldforderungen handle". In seiner Abhandlung geht Titze dabei von folgendem Begriff der subjektiven Unmöglichkeit aus: „sie liege vor, wenn das Nichtleistenkönnen des Schuldners seinen Grund darin habe, daß es ihm an den zur Bewirkung der Leistung erforderlichen tatsächlichen oder rechtlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstande fehle". Wenn Titze bei dem Verkauf einer nicht existierenden Geldforderung, deren Gegenstand, das Geld, aber existiere, in diesem Sinne eine subjektive Unmöglichkeit des zu leistenden Gegenstandes sieht, so läßt er sich damit eine Verwechselung zuschulden kommen von dem hier zu leistenden Gegenstande, der Forderung und deren Leistungsgegenstand, dem Gelde.[33] In Betracht kommt hier nur die Existenz oder Nichtexistenz der Forderung. Sobald letztere gegeben ist, liegt der Fall der objektiven Unmöglichkeit vor; ebenso soll nach Titze nur ein Unvermögen vorliegen, wenn eine Forderung veräußert wird, „welche dem Schuldner zwar einwandsfrei zusteht, deren Übertragung aber aus zessionsrechtlichen Gründen nicht erfolgen kann". Hier ist die Verwechselung der zu

[33] Ebenso Fischer a. a. O. S. 28 Anm. 43.

leistenden Forderung mit deren Leistungsgegenstand noch unersichtlicher. Infolge des rechtlichen Hindernisses der Übertragung ist die Leistung der Forderung ohne allen Zweifel nicht nur für den Schuldner, sondern für alle andern, also objektiv unmöglich.

Rehbein[34] dagegen geht denselben Weg wie *Jhering*, indem er den Willen des angeblichen Schuldners in Betracht zieht. Durch den *Willen des Schuldners* könne die nicht existierende Forderung immer entstehen. Diese Konstruktion eines Unvermögens des nach § 437 haftenden Verkäufers muß nochmals durchaus zurückgewiesen werden. Z. B. wird niemand ein Unvermögen des Verkäufers annehmen wollen, wenn ein Bild veräußert wird, welches überhaupt nicht gemalt ist, bloß weil durch den Willen des Malers das nicht existierende Bild existieren könnte. Diese bloße Möglichkeit des Entstehens besagt gar nichts dort, wo es sich um die Tatsache handelt, ob der verkaufte Gegenstand existiert oder nicht. Wir ersehen keinen Grund, warum bei der Veräußerung von Forderungen, welche nicht existieren, dieser Möglichkeit des Entstehens ein größerer Einfluß zuzuschreiben ist, als bei der Veräußerung nicht bestehender körperlicher Sachen.[35] „Wir gerieten auf eine schiefe Bahn, wenn wir im einzelnen Falle untersuchen sollten, ob der Pseudoschuldner der nicht existierenden Forderung

---

24 *Rehbein* a. a. O. S. 156.

35 Ebenso *Kleineidam* a. a. O. S. 160.

willens und fähig ist, sich auf die spätere Begründung einer entsprechenden Schuld einzulassen oder nicht".[36]

Wir lehnen somit die in den Motiven vertretene Auffassung ab. Dies ist unser volles Recht; denn die Freiheit der Auslegung wird durch sie nicht beschränkt. „Es gibt keine Vermutung für die Richtigkeit der darin niedergelegten Auffassungen des Gesetzes".[37] Den Sinn der Vorschrift des § 437 richtig zu erfassen, bietet vielmehr die Erklärung die einzige Handhabe, welche für die gemeinrechtliche Vorschrift der l. 4, 5 D. 18, 4 bereits gefunden wurde.

Wir halten demnach daran fest, daß in dem Kaufvertrage über eine nicht existente Forderung das nicht vorhandene Gläubigerrecht des Verkäufers gleichzuachten ist der Nichtexistenz der Sache bei dem Kaufvertrage über eine nicht vorhandene res corporalis. In beiden Fällen liegt ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag vor.[38] Aus § 437 aber ergibt sich zweifellos die Gültigkeit eines solchen. Folglich haben wir diese Gesetzesvorschrift als positive Ausnahme von der Vorschrift des § 306 anzusprechen.[39] Sie erscheint

---

[36] Fischer a. a. O. S. 29.

[37] Fischer-Henle, Einl. S. XXVIII.

[38] Ebenso Fischer a. a. O.; Kleineidam a. a. O. S. 160; Schollmeyer a. a. O. S. 153; Kisch, Krit. VSchr. Bd. 44 S. 517; Cosack Bd. 1 S. 398.

[39] Fischer, Kleineidam a. a. O.; Oertmann a. a. O. S. 130c; Planck zu § 430; ebenso Bendix, Die Haftung für den

als eine gesetzlich auferlegte Garantiepflicht zum Schutze des Käufers, welcher regelmäßig keine Möglichkeit hat, sich von der Existenz der Forderung zu überzeugen, sondern sich auf die Angaben des Verkäufers verlassen muß.[40] Eine solche Garantieverpflichtung ist, wie sie vertraglich zulässig ist, hier gesetzlich dafür auferlegt, daß die Leistung der Forderung möglich ist, obwohl sie in Wirklichkeit unmöglich ist.

Der Anwendung des § 437 ist jedoch eine Grenze gesetzt: gerade der Fall der Nichtexistenz der Forderung, welcher Anlaß zu der eben erörterten Streitfrage gab,[41] ist nicht nach § 437, sondern nach § 306 BGB. zu beurteilen, nämlich wenn die Entstehung des Rechtes bezw. der Forderung objektiv unmöglich war. Es verkauft z. B. A auf dem Rennplatz zu Karlshorst an den B seinen Zuchthengst Ali, der auf seinem Gute im Stalle steht. B tritt die Forderung auf das Pferd sofort an den C, C sofort an den D ab. Jetzt trifft ein Telegramm des Gutsverwalters des A an seinen Herrn ein, daß das Pferd in der Nacht vorher durch Blitzschlag getötet worden ist. Oder es veräußert jemand ein Nießbrauchsrecht an einem Grundstücke, welches gar nicht existiert. Es ist keinesfalls angängig, in diesen und ähnlichen Fällen den Veräußerer

---

Rechtsbestand von Rechten, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 32 Heft 2 S. 326; vgl. Entsch. d. RG. in JurW. 1908 S. 447, 12.

[40] Schollmeyer S. 153.

[41] vgl. S. 10 der Arbeit.

nach § 437 haften zu lassen, vielmehr gilt hier wieder die Vorschrift des § 306.[42]

Diese Beschränkung, welche somit dem Geltungsbereich des § 437 zu ziehen ist, steht nicht im Widerspruch mit dem in der vorliegenden Erörterung bisher Vorgetragenen. Denn so weit der aus § 437 gefundene Rechtssatz bis jetzt ausgelegt worden ist, daß der Veräußerungsvertrag über eine nicht existente Forderung als gesetzlicher Garantievertrag trotz der Vorschrift des § 306 BGB. gültig sei, war diese Auslegung für den allgemeinen und häufigsten Fall erfolgt, daß die veräußerte Forderung aus rechtlichem Grunde nicht existierte. Wenn A z. B. seine gegen B gerichtete Darlehnsforderung in Höhe von 100 Mk. an C veräußert und B dem C gegenüber, als er die Forderung eintreibt, mit Erfolg einwendet, daß die Hingabe der 100 Mk. nicht als Darlehn, sondern schenkungsweise erfolgt sei, so kann C den A allerdings aus § 437 in Anspruch nehmen. Ebenso kann der Kaufmann Y gegen den Kaufmann X aus § 437 klagen, weil X dem Y eine gegen Z gerichtete Warenforderung veräußert hat, welche bei Vertragsschluß bereits verjährt war. Denn diese beiden dem § 437 unterzuordnenden Beispiele kennzeichnet gegenüber den oben angeführten Fällen, in denen die Entstehung der Forderung objektiv unmöglich ist, der rein

---

[42] vgl. Mommsen a. a. O. Bd. 5 S. 134; ebenso Planck, BGB. 3. Aufl. § 306 Note 2, § 437 Note 1; Staudinger, BGB. 2. Aufl. § 437 Note 5; JurW. 1908 S. 447, 12.

rechtliche Grund der Nichtexistenz der Forderung. Dies sei des näheren dargelegt:

B hat Geld, 100 Mk., von A empfangen, jedoch nicht als Darlehn, sondern schenkungsweise. Der Mangel, welcher hier die Darlehnsforderung nicht zur Entstehung kommen ließ, ist begründet in der veränderten vertraglichen Abmachung. Er ist rechtlicher Natur, während die nach § 607 BGB. für die Entstehung einer Darlehnsforderung erforderlichen tatsächlichen Grundlagen, die Hingabe des Geldes usw., vorliegen. Im Gegensatz zu den Fällen der Veräußerung der Forderung auf das Rennpferd und des nicht existierenden Nießbrauchrechts liegt hier kraft des rechtlichen Mangels keine ursprüngliche objektive Unmöglichkeit des Entstehens vor. Denn es liegt lediglich im Willen der Parteien, diesen rechtlichen Mangel des Entstehens der Forderung jederzeit durch Eingehung einer neuen Obligation zu beheben. *Der Vertrag über die individuelle, wegen rechtlichen Mangels nicht entstandene Forderung stellt zwar einen auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag dar, die Entstehung der nicht existenten Forderung ist jedoch nicht objektiv unmöglich.* Man kann hier vielmehr nur von einer subjektiven Unmöglichkeit des Entstehens sprechen.

Dieses Beispiel der veräußerten nicht bestehenden Darlehnsforderung als einer, *aus rechtlichen Gründen überhaupt nicht zur Existenz gelangten Forderung* ist bereits der Grenzfall für alle die Fälle von

nicht existenten Forderungen, welche wegen Rechtsmangel nicht bestehen. Denn die Mehrzahl der Fälle der Nichtexistenz der Forderung aus rechtlichen Gründen wird so wie bei dem Beispiel der Veräußerung der verjährten Warenforderung liegen, wo die Forderung einmal bestanden hat, jedoch kraft des in der Verjährung dann eingetretenen rechtlichen Hindernisses vor Abschluß des Veräußerungsvertrages erst nichtexistent geworden ist. Die Beispiele legen dar, daß in den Fällen der Nichtexistenz der Forderung aus rechtlichen Gründen keine objektive Unmöglichkeit des Entstehens der Forderung besteht, ja daß selbst wenn die Forderung aus rechtlichen Gründen überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist, niemals eine objektive Unmöglichkeit des Entstehens der Forderung vorliegen kann.

Der Fall einer ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit des Entstehens einer Forderung kann somit nur herbeigeführt werden, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen einer Forderung nicht vorhanden sind, deren sie bedarf, um entstehen zu können. Es bedarf keines Beweises, daß jede Forderung in der Person eines bestimmten Gläubigers und Schuldners, ferner in ihrem Gegenstande, endlich in irgendeinem mit diesem Gegenstande operierenden äußerlichen Vorgange — z. B. beim Darlehn in der Hingabe des Geldes — äußerliche Tatsachen voraussetzt, welche erst durch rechtliche Elemente in Beziehung gebracht, die Rechtsgestalt der Forderung ergeben. Diese tatsächliche Entstehungsgrundlage der Forderung

gegenüber ihren rechtlichen Entstehungselementen werden diejenigen Elemente des Klagegrundes der Forderung bilden, welche nichtrechtlicher Natur sind. Ein solches Element der tatsächlichen Grundlage der Forderung kann nicht wie ein beliebiges rechtliches willkürlich zur Entstehung gebracht werden. Die einmal fehlende tatsächliche Grundlage, in den obigen Beispielen das durch Blitzschlag untergegangene Rennpferd bezw. das nicht existierende Grundstück, ist vielmehr unersetzlich, das Entstehen der Forderung oder des Rechtes daher nicht nur im einzelnen Falle, sondern für immer und für jeden, also objektiv unmöglich.

Nur der Fall der Veräußerung einer nicht existenten Forderung, deren Entstehen objektiv unmöglich war, nach dem eben Ausgeführten also einer solchen, deren tatsächliche Grundlage nicht existiert, soll nun von der Bestimmung des § 437 ausgenommen werden und wieder der Vorschrift des § 306 folgen; dies obwohl jeder auf die Veräußerung einer nicht existenten Forderung gerichtete Vertrag einen auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag darstellt. Die Vergleichung beider Gesetzesvorschriften ergibt diese Ausnahme von der Ausnahme des § 437 in überzeugender Weise.

§ 306 besagt, daß sowohl wenn der vertragliche Leistungsgegenstand überhaupt nicht zur Entstehung gelangen konnte, als dann, wenn er vor Abschluß des Vertrages zwar einmal existiert hat, aber wieder untergegangen ist, der über denselben geschlossene Vertrag nichtig sein

soll. Die Nichtigkeit nach § 306 begreift demnach zwei Fälle der ursprünglichen Unmöglichkeit: 1. daß die Entstehung des Leistungsgegenstandes objektiv unmöglich war, 2. daß die Leistung noch vor Vertragsschluß objektiv unmöglich geworden ist, m. a. W.: daß das Bestehen des Leistungsgegenstandes objektiv unmöglich war; Daß für den ersteren Fall der § 437 für Forderungen keine Ausnahme machen will, wohl aber für den zweiten, ist im Wortlaute des Paragraphen klar zum Ausdrucke gebracht. „Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes". Durch die Worte „rechtlich" und „Bestand" in ihrem offensichtlichen Gegensatze zu „tatsächlich" und „Entstehen" läßt das Gesetz erkennen, daß dem rechtlichen Nichtbestehen einer Forderung ihr tatsächliches Nichtentstehen entgegengesetzt werden soll. Es soll nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 437 demnach unterschieden werden, ob eine Forderung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht existiert. Umfaßt aber die Haftung des § 437 den letzteren Fall nicht mehr, ist dieser vielmehr nach der allgemeinen Vorschrift des § 306 zu entscheiden, so ist dadurch, wie eben nachzuweisen versucht worden ist, mit der aus tatsächlichen Gründen nicht existierenden Forderung der Fall der Veräußerung einer Forderung, deren Entstehung objektiv unmöglich war, durch das Gesetz selbst der Vorschrift des § 306 unterstellt worden.

Dieses, wenn auch in geringem Umfange hier erfolgte siegreiche Durchdringen des im § 306 zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Prinzips steht in engem Zusammenhange mit der obigen Konstruktion des gesetzlichen Garantievertrages, welcher ja nach § 437 gilt, soweit die Nichtexistenz der veräußerten Forderung durch einen Rechtsmangel herbeigeführt ist. Denn in dem Falle, wo die Forderung aus dem Grunde nicht entstehen bezw. bestehen kann, weil rechtliche Hindernisse ihre Existenz zerstören, können im Hinblick auf die besondere rechtliche Natur einer veräußerten Forderung[1] diese rechtlichen Hindernisse wohl auf einem rechtlichen Wege behoben werden, indem zugunsten des schutzbedürftigen Käufers ein gesetzlicher Garantievertrag an die Stelle des wegen ursprünglicher objektiver Unmöglichkeit des Leistungsgegenstandes nichtigen Veräußerungsvertrages tritt. Hindern jedoch tatsächliche Gründe das Entstehen der Forderung, ist ihr Entstehen objektiv unmöglich, so kann nicht ein gesetzlicher Garantievertrag, eine rechtliche Konstruktion den Fall einer tatsächlichen ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit ersetzen, ebensowenig wie dies der § 306 bei dem Verkauf einer res corporalis zuläßt. Dieser Fall der lediglich durch tatsächliche Vorgänge begründeten objektiven ursprünglichen Unmöglichkeit des Entstehens der Forderung läßt vielmehr rein begrifflich den besonderen Charakter der Forderung

---

[1] vgl. S. 10.

als Kaufgegenstand — welcher im Vergleich mit dem Verkauf einer res corporalis den Käufer als besonders schutzbedürftig erscheinen ließ — völlig zurücktreten hinter das allgemeine Prinzip des § 306 für Verträge, wonach ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist. Die Konstruktion eines Garantievertrages ist hier undurchführbar. Wir gelangen somit zu demselben Ergebnis wie die Bd. 68 d. Entsch. d. RG. in Zivils. S. 293, 294 (JurW. 1908 S. 547, 12) veröffentlichte Entscheidung, aus der es gestattet sein mag, folgende Stelle aus den Gründen hier folgen zu lassen: „Zwar haftet der Verkäufer eines Rechtes gemäß § 437 Abs. 1 BGB. für den Bestand des Rechtes, und es unterliegt nach der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift keinem Zweifel, daß sie in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden ist, um der sonst naheliegenden analogen Anwendung der Grundsätze über den Verkauf einer nicht existierenden Sache entgegenzutreten. Gleichwohl ist es unzulässig, den § 437 Abs. 1, dem die Auffassung eines Garantieversprechens zugrunde liegt, auf den Fall des Verkaufes eines Rechtes zu erstrecken, dessen Entstehung objektiv unmöglich ist. Für einen solchen Fall verbleibt es bei der Regel des § 306 BGB. Der Vertrag ist wegen von Anfang an bestehender objektiver Unmöglichkeit der Erfüllung nichtig. Die Parteien haben nach den §§ 812, 818, 273 u. 274 BGB. einander Leistung und Gegenleistung zurückzugewähren.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 16. August 1886 wurde ich, Kurt Schweitzer, zu Liegnitz als Sohn des jetzigen Bankdirektors Otto Schweitzer und seiner Ehefrau Margarete geb. Guradze geboren. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit.

Ich besuchte das Königliche Evangelische Gymnasium zu Groß-Glogau von Sexta bis Untersekunda und darauf das Gymnasium St. Maria-Magdalena zu Breslau, wo ich Ostern 1905 das Zeugnis der Reife erhielt. Hierauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar das erste Semester in Heidelberg, das zweite in Berlin und vom dritten Semester ab in Breslau. Ich hörte die Vorlesungen folgender Herren Professoren: Becker, Brie, Brunner, Dahn, Dessoir, Elsenhaus, Engelmann, Fischer, Gretener, Heilborn, Hellwig, Jellinek, Kipp, Leonhard, Lesser, Schott, Simmel, Sombart, Storch, Wagner und Wolff.

Am 18. Juli 1908 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Königlichen Oberlandesgericht zu Breslau und war bisher als Referendar beim Amtsgericht zu Zobten am Berge und sodann beim Landgericht in Oppeln beschäftigt.

Am 1. Oktober 1909 trat ich als Einjährig-Freiwilliger beim 1. Pos. Feldart.-Regmt. Nr. 20 zu Posen ein.